

Asunto C-695/20

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

22 de diciembre de 2020

Órgano jurisdiccional remitente:

First-tier Tribunal (Tax Chamber) [Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo (Sala de Asuntos Tributarios), Reino Unido]

Fecha de la resolución de remisión:

15 de diciembre de 2020

Parte recurrente:

Fenix International Limited

Parte recurrida:

Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs (Administración Tributaria y Aduanera, Reino Unido)

FIRST-TIER TRIBUNAL

recurso número: [omissis]

TAX CHAMBER

[Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo

(Sala de Asuntos Tributarios)]

ENTRE

FENIX INTERNATIONAL LIMITED

Parte recurrente

-y-

THE COMMISSIONERS FOR

HER MAJESTY'S REVENUE AND CUSTOMS

(Administración Tributaria y Aduanera, Reino Unido)

Parte recurrida

[*omissis*]

RESOLUCIÓN

Ante el First-tier Tribunal (Tax Chamber)

[*omissis*]

SE RESUELVE:

1. [*omissis*]
2. Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión relativa a la validez de un acto del Derecho de la Unión que figura en el anexo adjunto para que se pronuncie con carácter prejudicial, de conformidad con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el artículo 86, apartado 2, del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (en lo sucesivo, «Acuerdo de Retirada»).
3. Suspender el procedimiento hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se haya pronunciado sobre la cuestión prejudicial [*omissis*] o hasta que se emita una nueva resolución.

4. [*omissis*]

[*omissis*]

JUEZ DEL FIRST-TIER TAX TRIBUNAL

15 de diciembre de 2020

ANEXO

PETICIÓN DE DECISIÓN PREJUDICIAL CON ARREGLO AL ARTÍCULO 267 DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA, PLANTEADA POR EL FIRST-TIER TRIBUNAL (TAX CHAMBER) DEL REINO UNIDO

A. INTRODUCCIÓN

1. Mediante la presente petición de decisión prejudicial, la Tax Chamber del First-tier Tribunal del Reino Unido (en lo sucesivo, «UK Tax Tribunal») solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la validez el artículo 9 *bis* del Reglamento de Ejecución (UE) n.º 282/2011 del Consejo, de 15 de

marzo de 2011, en su versión modificada por el artículo 1, apartado 1, letra c), del Reglamento de Ejecución (UE) n.º 1042/2013 del Consejo, de 7 de octubre de 2013, por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (en lo sucesivo, «artículo 9 bis»).

2. La cuestión relativa a la validez se refiere a si el alcance del artículo 9 bis va más allá de lo que autoriza el artículo 397 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (en lo sucesivo, «Directiva del IVA»), que dispone que «el Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, adoptará las medidas necesarias para la aplicación de la presente Directiva».
3. La petición se presenta en el marco de un recurso interpuesto por Fenix International Limited (en lo sucesivo, «Fenix»), entidad registrada a efectos del impuesto sobre el valor añadido (en lo sucesivo, «IVA») en el Reino Unido, contra la liquidación del IVA practicada por la Administración Tributaria y Aduanera (en lo sucesivo, «HMRC»).

B. PARTE RECURRENTE

4. La parte recurrente («Fenix») es la entidad operadora de un sitio web de redes sociales denominado Only Fans, en www.onlyfans.com (en lo sucesivo, la «plataforma»), que ejerce el control único y exclusivo de la plataforma.

C. PARTE RECURRIDA

La parte recurrida («HMRC») es la entidad responsable de la gestión y recaudación del IVA en el Reino Unido.

D. BREVE EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS EN EL PRESENTE ASUNTO

6. La plataforma se ofrece a «usuarios» de todo el mundo, usuarios que pueden ser «creadores» o «seguidores». Los creadores disponen de un perfil, y cargan y publican contenidos como, por ejemplo, fotografías y vídeos, en sus respectivos perfiles, o también pueden retransmitir imágenes en directo a través de cámaras web y enviar mensajes privados a los seguidores que se suscriban a su perfil. La cuota mensual de suscripción la decide el creador, aunque Fenix establece la cantidad mínima tanto de las suscripciones como de las propinas.
7. Los seguidores pueden acceder al contenido cargado mediante el pago de un importe *ad hoc* o de una mensualidad por suscribirse al perfil del creador cuyo contenido deseen ver o con el que quieran interactuar. Los seguidores también tienen la posibilidad de pagar propinas o hacer donaciones, lo que

- se denomina «recaudación de fondos», en este caso sin que a cambio se les dé acceso a los contenidos de los perfiles.
8. Por lo tanto, los creadores cobran y perciben ingresos por el contenido y los seguidores pagan por esos contenidos.
 9. Además de la plataforma, Fenix proporciona también el instrumento mediante el que los seguidores realizan los pagos y los creadores los perciben. Fenix se encarga de cobrar y distribuir los pagos a través de terceros proveedores de servicios de pago. A los creadores les aplica un cargo del 20 % por los servicios, a través de una deducción (en lo sucesivo, «cargo») del importe que pagan los seguidores. [omissis].
 10. Tanto los pagos que hacen los seguidores como los que percibe el creador figuran en el extracto bancario del usuario correspondiente como pagos efectuados a o recibidos de Fenix.
 11. Durante el período considerado, Fenix cobró y declaró el IVA al 20 % sobre el cargo.
 12. El uso de la plataforma se ha regido durante el período considerado por las condiciones generales del servicio de Fenix. Existen varias versiones de esas condiciones generales del servicio a lo largo del período que abarca la liquidación. [omissis]
 13. El 22 de abril de 2020, HMRC notificó a Fenix las liquidaciones correspondientes del IVA adeudado [omissis].
 14. El criterio que aplicó y que mantiene HMRC es que debe considerarse que Fenix actuó en nombre propio, en virtud de lo previsto en el artículo 9 bis.
 15. El 27 de julio de 2020, Fenix interpuso un recurso en el que impugnaba el fundamento jurídico de la liquidación y también su importe.
 16. Respecto al fundamento jurídico se alegó que el artículo 9 bis es nulo e inaplicable; adicionalmente, o de manera alternativa, que Fenix queda excluido del ámbito de aplicación de la presunción del referido artículo 9 bis o que refuta tal presunción.

HMRC no adoptó decisión alguna, con arreglo al Derecho inglés, respecto a la capacidad en la que actuaba Fenix en relación con la plataforma (es decir, si lo hacía en calidad de intermediario o de principal, comitente o mandante); su decisión de practicar la liquidación del IVA a Fenix se adoptó únicamente por referencia al artículo 9 bis. HMRC no consideró la aplicación del artículo 28 de la Directiva del IVA (en lo sucesivo, «artículo 28») *per se*, sin relacionarla con el artículo 9 bis (incluido, en particular, el último párrafo de su apartado 1).

E. MARCO JURÍDICO

Derecho de la Unión Europea

El artículo 113 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, «TFUE»), antiguo artículo 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en lo sucesivo, «Tratado CE»), dispone lo siguiente:

«El Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, adoptará las disposiciones referentes a la armonización de las legislaciones relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos, en la medida en que dicha armonización sea necesaria para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior y evitar las distorsiones de la competencia.»

El artículo 291 TFUE dispone:

- «1. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión.
 2. Cuando se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, estos conferirán competencias de ejecución a la Comisión o, en casos específicos debidamente justificados y en los previstos en los artículos 24 y 26 del Tratado de la Unión Europea, al Consejo.
 3. A efectos del apartado 2, el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán previamente, mediante reglamentos adoptados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas y principios generales relativos a las modalidades de control, por parte de los Estados miembros, del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión.
 4. En el título de los actos de ejecución figurará la expresión “de ejecución”».
20. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 TFUE y los preceptos que lo han precedido, el Consejo adoptó diversas Directivas del IVA, entre ellas, la Directiva del IVA (DO L 347 de 11.12.2006, p. 1).
21. El artículo 28 de la Directiva del IVA dispone lo siguiente:
- «Cuando un sujeto pasivo que actúe en nombre propio, pero por cuenta ajena, medie en una prestación de servicios se considerará que ha recibido y realizado personalmente los servicios de que se trate.»

22. El artículo 397 de la Directiva del IVA dispone lo siguiente:

«El Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, adoptará las medidas necesarias para la aplicación de la presente Directiva.»

23. El artículo 397 de la Directiva del IVA es la disposición que sucede al artículo 29 *bis* de la Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios — Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme (DO 1977, L 145, p. 1; EE 09/01, p. 54; en lo sucesivo, «Sexta Directiva»). El artículo 29 *bis* de la Sexta Directiva fue introducido por el apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 2004/7/CE del Consejo, de 20 de enero de 2004, por la que se modifica la Directiva 77/388/CEE relativa al régimen común del impuesto sobre el valor añadido, en lo que respecta al procedimiento de adopción de medidas de inaplicación y a la atribución de competencias de ejecución (DO L 27 de 30.1.2004).

24. El Consejo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 397, adoptó el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 282/2011 del Consejo, de 15 de marzo de 2011, por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (refundición) (DO L 77 de 23.3.2011, p. 1).

25. El Reglamento de Ejecución (UE) n.º 282/2011 del Consejo, de 15 de marzo de 2011, resultó modificado por el artículo 1, apartado 1, letra c), del Reglamento de Ejecución (UE) n.º 1042/2013 del Consejo, de 7 de octubre de 2013, por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 282/2011 en lo relativo al lugar de realización de las prestaciones de servicios (DO L 284 de 26.10.2013, p. 1), que introdujo el artículo 9 *bis*, con el siguiente tenor:

«1. A efectos del artículo 28 de la Directiva 2006/112/CE, cuando se presten servicios por vía electrónica a través de una red de telecomunicaciones, de una interfaz o de un portal, como por ejemplo un mercado de aplicaciones, se presumirá que un sujeto pasivo que toma parte en la prestación actúa en nombre propio pero por cuenta del prestador de dichos servicios, salvo que el prestador sea reconocido expresamente como tal por ese sujeto pasivo y que ello quede reflejado en los acuerdos contractuales entre las partes.

Para que se considere que el prestador de servicios por vía electrónica ha sido reconocido expresamente como tal por el sujeto pasivo, deberán cumplirse las siguientes condiciones:

- a) la factura emitida o facilitada por cada sujeto pasivo que participe en la prestación de los servicios por vía electrónica deberá

indicar con precisión cuáles son tales servicios y el prestador de estos servicios;

b) el recibo o la factura que se haya emitido o facilitado al cliente deberá indicar con precisión los servicios prestados por vía electrónica y el prestador de estos servicios.

A efectos del presente apartado, un sujeto pasivo que, respecto a la prestación de servicios efectuada por vía electrónica, autorice el cargo al cliente o la prestación de los servicios, o fije los términos y las condiciones generales de la prestación, no podrá indicar expresamente a otra persona como prestadora de dichos servicios.

2. Se aplicará asimismo el apartado 1 cuando los servicios telefónicos prestados a través de internet, incluido el protocolo de transmisión de la voz por internet (VoIP), se presten a través de una red de telecomunicaciones, una interfaz o un portal como un mercado de aplicaciones y en las mismas condiciones que las establecidas en dicho apartado.

3. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a los sujetos pasivos que se encarguen solamente del procesamiento de los pagos relativos a servicios prestados por vía electrónica o a servicios telefónicos prestados a través de internet, incluido el protocolo de transmisión de la voz por internet (VoIP), y que no participen en la prestación de esos servicios telefónicos o prestados por vía electrónica.»

Normativa del Reino Unido

26. En todo momento el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 282/2011 resultó directamente aplicable en el Reino Unido (y en toda la Unión [Europea]). La cuestión planteada por el UK Tax Tribunal se refiere únicamente a la validez del artículo 9 *bis*.

F. LITIGIO PRINCIPAL

Resumen de las alegaciones de Fenix

27. El artículo 9 *bis* modifica la aplicación del artículo 28 en dos aspectos fundamentales:

En primer lugar, introduce la presunción de que una plataforma que medie en la prestación de determinados servicios efectuados por vía electrónica actúa en nombre propio y por cuenta del prestador; es decir, se considera que la propia plataforma ha adquirido y después prestado esos servicios y, por consiguiente, debe declarar el IVA. Esa presunción se desvirtúa únicamente si se cumplen unas determinadas condiciones, a saber, que el principal, comitente o mandante del intermediario figure reconocido expresamente

como prestador de los servicios por parte del intermediario, y que ello quede reflejado en los acuerdos contractuales entre las partes.

En segundo lugar, aun cuando se identifique al principal, comitente o mandante del intermediario, la presunción se mantiene en caso de que la plataforma digital:

autorice el cargo al cliente o,

autorice la prestación de los servicios, o

fije los términos y las condiciones generales de la prestación.

28. En síntesis, incluso en caso de ser evidente el hecho de la intermediación, y de conocerse la identidad del principal, comitente o mandante, el artículo 9 *bis* establece una nueva ficción en la que se considera que el intermediario efectúa y recibe la prestación, lo que supone una modificación sustancial del criterio de imputación de los intermediarios por sus actuaciones en el ámbito del IVA: priva a las partes de su autonomía contractual y va más allá de lo establecido en el artículo 28.
29. Tan importante modificación de la responsabilidad tributaria de los intermediarios equivale a alterar o completar el artículo 28 mediante la incorporación de normas nuevas. El artículo 9 *bis* va mucho más allá de la aplicación del artículo 28 prevista por el artículo 397. No es una mera aclaración del artículo 28.
30. El artículo 9 *bis* constituye una decisión política de trasladar tanto la responsabilidad como la carga fiscal a cualquier plataforma de internet puesto que, aunque la presunción, técnicamente, admite prueba en contrario, en la práctica resulta casi imposible destruirla dada la amplitud de las disposiciones.

Resumen de las alegaciones de HMRC

31. El artículo 28 está redactado en términos amplios y generales. Es evidente que se trata de un concepto autónomo del Derecho de la Unión y como tal debe tratarse. El artículo 9 *bis* aclara o «precisa el contenido» de ese concepto autónomo del Derecho de la Unión en el contexto específico de la aplicación del artículo 28, y precisa cuándo el sujeto pasivo «*actúa en nombre propio, pero por cuenta ajena*», cuándo el sujeto pasivo que actúa de esa manera «*media en una prestación de [los] servicios [especificados]*» y, en consecuencia, cuándo el sujeto pasivo «*se considerará que ha recibido y realizado personalmente los servicios de que se trate*».
32. El artículo 9 *bis* se limita a aclarar el artículo 28, no lo modifica, ni tampoco establece una excepción al artículo 28.

33. Si el artículo 9 *bis* no es nulo, es evidente que es de aplicación a la parte recurrente y a sus actividades, sin que dicha parte recurrente pueda destruir la presunción del artículo 9 *bis*, con independencia de si actuó como intermediario.
34. El artículo 9 *bis*
- i) respeta los objetivos generales esenciales perseguidos por el artículo 28 y la Directiva del IVA en su conjunto; y
 - ii) resulta necesario o apropiado para la aplicación del artículo 28 y de la Directiva del IVA en su conjunto, sin complementarlo ni modificarlo.

Por lo tanto, se debe considerar que el Consejo ha precisado, a través del artículo 9 *bis*, el contenido en relación con el artículo 28 y la Directiva del IVA en su conjunto.

G. MOTIVOS POR LOS QUE EL UK TAX TRIBUNAL PLANTEA AL TRIBUNAL DE JUSTICIA LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

35. [*omissis*] El UK Tax Tribunal alberga dudas sobre la validez del artículo 9 *bis*, de ahí la remisión de este asunto al Tribunal de Justicia. Los motivos de las dudas del UK Tax Tribunal se exponen en los apartados siguientes.¹
36. El artículo 9 *bis* tiene por objeto ejecutar el artículo 28 de la Directiva del IVA, pero es muy probable que vaya más allá de la mera ejecución.
37. Como explicó el Abogado General en el asunto C-427/12, Comisión/Parlamento y Consejo, de 19 de diciembre de 2013, EU:C:2013:871, [*omissis*] las medidas de ejecución tienen un alcance muy limitado, al contrario de lo que sucede en el caso del mandato discrecional más amplio de la delegación legislativa.²
38. El [*omissis*] [Tribunal de Justicia de la Unión Europea] examinó los límites de los actos de ejecución en términos del artículo 291 TFUE en el asunto C-65/13, Parlamento/Comisión, de 15 de octubre de 2014, EU:C:2014:2289 [*omissis*]. En síntesis, una disposición que pretenda llevar a cabo la ejecución de un acto legislativo será únicamente válida si cumple los tres criterios siguientes:
- 1) La disposición controvertida debe «[respetar] los objetivos generales esenciales perseguidos por el acto legislativo» que pretende ejecutar.

¹ El UK Tax Tribunal ha dictado una decisión motivada en relación con el recurso de Fenix, de la que se adjunta una copia a este anexo y que está disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKFTT/TC/2020/TC07971V.html>

² Puntos 62 y 63.

- 2) La disposición controvertida debe ser «[necesaria] o [útil] para la ejecución» del acto legislativo que pretenda ejecutar.
 - 3) La disposición controvertida «no puede modificar ni completar el acto legislativo, ni siquiera en sus elementos no esenciales».
39. En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del artículo 290 TFUE se afirma:

«[...] En segundo lugar, conviene subrayar que los autores del nuevo Tratado no se situaron en el mismo plano para concebir los respectivos ámbitos de aplicación de los dos artículos. El concepto de acto delegado se define por su alcance y sus efectos —acto de alcance general que completa o modifica elementos no esenciales—, mientras que la definición del acto de ejecución, que no se describe, se deriva de su razón de ser: requerido por la necesidad de condiciones de ejecución uniformes. Este desfase se explica por la gran diferencia de la naturaleza y el alcance de los poderes otorgados a la Comisión por cada una de estas dos disposiciones. [...]

La Comisión considera que para determinar si una medida viene a “completar” el acto de base, el legislador debería evaluar si la futura medida añade concretamente nuevas normas no esenciales que cambian el marco del acto legislativo, dejando un margen de apreciación a la Comisión. En caso afirmativo, podría considerarse que la medida “completa” el acto de base. Al contrario, las medidas que solo están encaminadas a hacer efectivas las normas existentes del acto de base no deberían considerarse como medidas complementarias.»³

40. Esto pone de manifiesto que los actos delegados que permite el artículo 290 TFUE modifican el marco jurídico y que existe un margen de discrecionalidad, en tanto que los actos de ejecución del artículo 291 TFUE no modifican el marco jurídico. Lo anterior está en consonancia con las conclusiones del Abogado General presentadas en el [omissis] [asunto C-427/12] (véase el apartado 37 *supra*).
41. En la Propuesta de la Comisión para el artículo 9 *bis* se afirma que «las medidas previstas son de carácter estrictamente técnico y prevén simplemente la aplicación de disposiciones ya adoptadas», por lo que no fue necesario realizar una evaluación de impacto.⁴ Sin embargo, la versión

³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Aplicación del artículo 290 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, COM(2009) 673 final, Bruselas, 9 de diciembre de 2009, páginas 3 y 4, (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0673:FIN:ES:PDF>).

⁴ Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 282/2011 en lo relativo al lugar de realización de las prestaciones de servicios, COM(2012) 763 final, página 3 (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0763:FIN:ES:PDF>).

original del artículo 9 *bis* que figuraba en la Propuesta sí introducía una presunción, en el sentido de que [esa] presunción se aplica «salvo que, en relación con el consumidor final, el prestador del servicio sea reconocido expresamente como tal»,⁵ lo que concuerda con la explicación que recoge la Propuesta en el sentido de que la presunción es válida «salvo que se disponga de otro modo».⁶

42. El texto del artículo 9 *bis*, en la versión que resultó aprobada, es completamente distinto y mucho más amplio que el de la Propuesta. El artículo 28 hace mención al contribuyente que actúa en nombre propio, aunque, tal como se explicita en el Documento de trabajo n.º 885 del Comité consultivo del impuesto sobre el valor añadido, la introducción de la presunción del artículo 9 *bis* implicaba que esta, por norma, debía «[...] ser válida para todos los sujetos pasivos».⁷
43. En el informe de Deloitte del año 2016, en el cual se basó la Comisión para su propuesta de 2016 de modificación de la Directiva del IVA⁸ se pone de manifiesto que «parece ser conveniente el objetivo del artículo 9 *bis* de trasladar la imputación del IVA al intermediario. Es preciso que los Estados miembros ofrezcan una mayor clarificación y una interpretación común y vinculante».⁹
44. Hay razones de peso para sostener que el traslado de la imputación del impuesto no es una mera medida técnica, sino que, además, supone una modificación de la situación actual que da a entender que es muy posible que se tratase de una modificación y no de una simple aclaración.
45. Además, si bien la propuesta de la Comisión de 2016 no se plasmó finalmente en la modificación del artículo 28, como se había propuesto, en la fase de consultas del proceso legislativo, el 16 de octubre de 2017, la

⁵ Ibid. p. 12.

⁶ Ibid. p. 5.

⁷ Documento de trabajo n.º 885 del Comité consultivo del impuesto sobre el valor añadido, Bruselas, 9 de octubre de 2015, páginas 4 y 5 (disponible en: <https://circabc.europa.eu/sd/a/ab683366-67b5-4fee-b0a8-9c3eab0e713d/885%20-%20VAT%202015%20-%20Harmonised%20application%20of%20the%20presumption.pdf>).

⁸ Comisión Europea, Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifican la Directiva 2006/112/CE y la Directiva 2009/132/CE en lo referente a determinadas obligaciones respecto del impuesto sobre el valor añadido para las prestaciones de servicios y las ventas a distancia de bienes, COM(2016) 757 final, 1 de diciembre de 2016 (disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/COM-2016-757-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>).

⁹ European Commission, VAT Aspects of cross-border e-commerce — Options for modernisation, Final Report — Lot 3, Deloitte, noviembre de 2016, pp. 203 y 204 (disponible en: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/vat_aspects_cross-border_e-commerce_final_report_lot3.pdf).

Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios del Parlamento Europeo comunicó lo siguiente sobre la Propuesta: ¹⁰

«*El ponente acoge positivamente la modificación del artículo 28 propuesta por la Comisión, que prevé que las plataformas en línea asuman la responsabilidad de la recaudación del IVA en las prestaciones de servicios [...]»* ¹¹ (el subrayado es mío).

46. Aunque se desconoce el motivo por el que no se aplicó la propuesta de la Comisión, el hecho mismo de que alcanzase esa fase legislativa, sumado a la anuencia del ponente a la modificación, respalda el argumento en el sentido de que existían dudas respecto a la validez del artículo 9 *bis*.
47. Por último, en el asunto C-464/10, Estado belga/Pierre Henfling y otros, de 14 de julio de 2011, EU:C:2011:489, [*omissis*] el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 6, apartado 4, de la Sexta Directiva —disposición que antecede al artículo 28—:

«[...] crea la ficción jurídica de dos prestaciones de servicios idénticas realizadas consecutivamente. En virtud de esta ficción, se considera que el operador, que actúa como intermediario en la prestación de servicios y que es el comisionista, recibió en un primer momento los servicios en cuestión del operador por cuenta del que actúa, que es el comitente, antes de prestar personalmente, en un segundo momento, esos servicios al cliente. De ello resulta que, al tratarse de la relación jurídica entre el comitente y el comisionista, su papel respectivo de prestador de servicios y de pagador se invierte ficticiamente a efectos del IVA.» ¹²

48. Sobre la base de estas consideraciones, el Tribunal declaró:

«En cuanto a la actividad de los “buralistes” de que se trata en el litigio principal, debe destacarse que, si bien la condición relativa al hecho de que el contribuyente debe actuar en su propio nombre pero por cuenta ajena, que figura en el artículo 6, apartado 4, de la Sexta Directiva, **debe interpretarse sobre la base de las mencionadas relaciones contractuales**, como se desprende del apartado 40 de la presente sentencia, el buen funcionamiento del sistema común del IVA establecido por esta Directiva requiere que **el órgano jurisdiccional remitente lleve a cabo una verificación concreta que permita determinar si, a la vista del conjunto de los datos del caso**

¹⁰ A8-0307/2017.

¹¹ Páginas 15 a 18.

¹² Apartado 35.

de autos, los citados “buralistes” actuaban efectivamente en su propio nombre al recoger las apuestas.»¹³ (El subrayado es mío.)

49. La presunción del artículo 9 *bis* elimina el requisito de examinar las realidades económicas y comerciales, con todo lo que ello conlleva.

50. Cabe sostener que:

la introducción de la presunción del artículo 9 *bis* no sea una medida técnica, sino una modificación sustancial; y que

el marco jurídico haya sido modificado, y lo haya sido de manera considerable, por la introducción de la presunción en los términos empleados en el último párrafo del artículo 9 *bis*. Desde cualquier punto de vista, esto resultaría manifiestamente erróneo tratándose de una normativa de ejecución.

H. CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA

51. A la luz de lo anterior, el First-tier Tribunal plantea, en consecuencia, la siguiente cuestión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para su resolución prejudicial con arreglo al artículo 86, apartado 2, del Acuerdo de Retirada y al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

«1. ¿Es nulo el artículo 9 *bis* del Reglamento de Ejecución (UE) n.º 282/2011 del Consejo, de 15 de marzo de 2011, introducido por el artículo 1, apartado 1, letra c), del Reglamento de Ejecución (UE) n.º 1042/2013 del Consejo, de 7 de octubre de 2013, por suponer una extralimitación de la facultad y el deber de ejecución del Consejo que establece el artículo 397 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, en la medida en que completa o modifica el artículo 28 de la Directiva 2006/112/CE?»

15 de diciembre de 2020

ANEXO

[*omissis*]

¹³ Apartado 42.